

夫妻忠诚协议的效力认定

童 航*

摘要：夫妻忠诚协议，是指夫妻双方在婚前或婚姻存续期间就夫妻忠诚的权利义务以及违约后果进行约定的协议，是夫妻忠实义务的具体表现形式。《婚姻法司法解释（三）》最终并未对夫妻忠诚协议的效力做出规定，致使司法实务依旧在自由裁量权内探索。事实上，夫妻忠诚协议徘徊于意思自治和法律强制之间，故对其效力的认定不能一概而论，而应作类型化分析。夫妻忠诚协议的效力类型取决于其具体内容，受制于法律、行政法规的强制性规定及法律的特别规定，在此基础上厘定夫妻忠诚协议效力的具体类型边界是一可行路径。

关键词：忠实义务 夫妻忠诚协议 意思自治 类型

一、问题的提出

近年来，夫妻之间为了保障婚姻关系的和谐稳定，常以签订《夫妻忠诚协议》的形式，约定违约金或赔偿金作为违反此类义务后的主要责任形式。在媒体的宣传和“从众心理”的影响之下，此类协议的内容越来越丰富、多样。由此产生的纠纷也成为了司法实务中的热点和难点问题。^{〔1〕}我们先来看一些司法裁判的实例。

2003年初，上海市闵行区人民法院判令男方因违反“忠诚协议”而赔偿女方30万元，^{〔2〕}这开创了法律作用于婚外情的先河。之后，不少法院纷纷效仿。如重庆市一中院于2004年12月份判决支持了女方因男方违反忠实义务而向女方支付的“空床费”4200元；^{〔3〕}有为挽救婚姻在忠诚协议中写道“如果离婚8套房产算妻子个人财产”法院予以支持的；^{〔4〕}有依据忠诚协议判

* 作者简介：童航，厦门大学法学院博士研究生。

〔1〕 夏从杰：《对婚姻法司法解释三草案第1、2、10、15条的评析——兼谈“消失”的夫妻忠诚协议》，2010年11月30日，<http://www.jsfy.gov.cn/llyj/xslw/2010/11/30124412818.html>。

〔2〕 案情详见徐寿松：《法律能干预婚外情吗——一起“夫妻不忠赔偿案”引发的思考》，载《人民法院报》2003年1月11日。

〔3〕 参见重庆市第一中级人民法院（2004）渝一中民终字第3442号民事判决书。

〔4〕 参见《富翁为挽救婚姻写“忠诚协议”：如离婚8套房产归妻》，载《重庆晚报》2010年12月27日。

令男方支付女方精神损害赔偿金 101 万元；〔5〕有依据忠诚协议内容，并考虑学历水平、所学专业未来的工作前景、社会平均的收入、消费水平等因素判令男方支付女方经济补偿 80 万元的。〔6〕当然，司法案例否认忠诚协议的，也并不鲜见。如山东日照一对夫妻结婚后签订了一份《夫妻忠诚协议》，约定谁不忠诚离婚后赔偿对方一百万，结果男方“违约”与一网友发生一夜情，后来男方以双方感情破裂为由提出离婚诉讼，女方同意离婚但要求赔偿 100 万。但是开发区法院经审理后认定该协议无效，不予支持。〔7〕类似的判例还有很多。〔8〕

以上在司法裁判中出现的关于夫妻忠诚协议效力认定的分歧，有待于立法者以规范的形式予以统一规定。然而由于夫妻忠实协议源于《婚姻法》第 4 条之夫妻忠实义务条款，但该条款只是单纯的倡导性法律规范，法官不能直接援引这一规范进行判决，而需结合民事法律行为、婚姻自由等条款进行利益衡量和合法性审查。为此，最高人民法院试图在《婚姻法司法解释（三）》中予以规定，然而受制于理论上的争议和实践中的复杂性，最高法最终对忠诚协议保持沉默，这导致最终出台的《婚姻法司法解释（三）》对夫妻忠诚协议的效力并未作出规定，从而也间接导致了关于夫妻忠诚协议效力的司法裁判仍然依赖法官的自由裁量权，但这一自由裁量权又受制于中国的司法现状，极易导致该支持的没有得到支持，不该支持的反而得到支持。对此，法学界应作出积极回应，以更好的指导司法实践。本文拟对夫妻忠诚协议的效力在现行规范体系内作出合理的解释，以期对司法实务有所裨益。

二、夫妻忠诚协议的实质

所谓“忠诚协议”，一般是指基于夫妻相互忠诚的需要，男女双方在婚前或婚后以书面化的合同形式约定在婚姻存续期间如一方因违反夫妻忠实义务导致双方离婚，则应支付另一方违约金、赔偿金或者以其他形式进行补偿的协议。〔9〕事实上，还存在一类夫妻忠诚协议，这类协议往往并未约定财产性责任，而要求承担其他人身性或者精神层面的责任。夫妻忠诚协议在当前是一客观存在的社会现象，也是一具有特殊意义的法律现象。

夫妻忠诚协议，就其规范而言，其是对《婚姻法》第 4 条之夫妻忠实义务〔10〕的契约性诠释；就其现实而言，其是伦理道德的法律化，是内在道德的外显，并试图以契约的形式“侵入”合同法和侵权法领域，以实现婚姻自由的扩张。

〔5〕 参见《丈夫出轨赔偿妻子 101 万——一对夫妻离婚前签订的〈婚内财产约定〉引出国内最高额精神损害赔偿》，载《今日家庭报》2006 年 11 月 17 日。

〔6〕 孙思娅：《海归博士出轨被判赔妻子 80 万元》，载《京华时报》2011 年 6 月 2 日。

〔7〕 参见《山东日照：夫妻“出轨赔百万协议”被判无效》，载《齐鲁晚报》2012 年 3 月 19 日。

〔8〕 如，2005 年南京溧水县法院审理的一起类似的离婚案件，原告在起诉离婚的同时要求对方按“忠诚协议”的约定支付十万元赔偿金的诉讼请求，却没有得到法院的支持，参见刘连泰：《婚姻法解释（三）动了谁的奶酪》，载《人民法院报》2011 年 9 月 2 日。青岛市市北法院认为，吕某和刘某的夫妻感情确已破裂，应准予离婚，但双方签订的“忠诚协议”属一种道德协议，不具有法律效力，遂判决两人离婚，驳回了吕某要求刘某赔偿违约金 30 万元及空床费 5 万元的诉讼请求。参见《丈夫有外遇妻子索要空床费 法院驳回诉讼请求》，载《半岛都市报》2011 年 4 月 21 日；等等。

〔9〕 张小敏、高凇：《夫妻“忠诚协议”问题》，载《河北理工大学学报》（社会科学版）2011 年第 5 期。

〔10〕 关于夫妻忠实义务可参见李燕：《论夫妻的忠实义务》，载《政法论丛》2002 年第 3 期；杨秀梅：《论夫妻的忠实义务》，载《法律适用》2007 年第 10 期；黄蕾、俞来德：《论夫妻忠实义务》，载《政治与法律》2007 年第 6 期。

夫妻忠诚协议中所指向的对象是夫妻情感的忠实,从某种程度上将其限缩解释为“性的忠实”更具现实性和合理性。然而,“从世界范围看,性,正在发生或正在经历着从道德到权利、从人伦到人权的转化”,^[11]以契约的形式将其规范化也是一种可行的途径。婚姻同时意味着责任,是夫妻双方组成家庭后所承担的共同的的责任,这一责任是婚姻本质的体现。夫妻双方本身都是独立的个体,都具有性自由;但是,双方以婚姻的形式组成一“共同体”后,性自由就应当受到限制,而体现为性的忠实。这也说明了“婚姻关系的内在性质决定了行为上的忠实是由精神上忠实派生的”^[12]。当然,夫妻忠实协议还包括其他方面的忠实,如家庭共同财产的支配。所有有关夫妻忠诚的对象共同组成夫妻忠实的象限群。

夫妻忠诚协议的解读应纳入整个民事法律体系,其实质是一特殊的契约。理由如下:

第一,夫妻忠诚协议符合合同的形式要求。一个完整的合同应满足三大要素,分别是:主体平等;当事人意思一致;合意内容能导致民事法律关系产生、变更或终止。显然,“忠诚协议”符合前两个要素的要求,^[13]对于第三个要素则存在不同意见。反对者认为,《合同法》第2条明确规定:“本法所称合同是平等主体的自然人、法人、其他组织之间设立、变更、终止民事权利义务关系的协议。婚姻、收养、监护等有关身份关系的协议,适用其他法律的规定。”所以,夫妻忠诚协议不受《合同法》所调整。^[14]诚然,涉及人身自由的权利不能通过合同加以限制。如果在合同中对此进行约定,则应判定该合同无效。但对于夫妻忠诚协议中所涉及的人身自由,其是否一概予以排除值得探讨。事实上,《合同法》第2条所规定的但书部分,仅规定婚姻等“身份关系”的协议,适用其他法律的规定。但婚姻关系并不是单纯的身份关系,其还涉及到财产关系。而且,即使是属于“身份关系”的协议,其也应进行利益衡量和体系化的考量,而不能陷入“本本主义”。我们知道,恋爱是男女双方的自由行为,婚姻仅仅是基于社会管理和人类道德的需要对恋爱的法律确认,以保障婚姻所涉及的人身关系和家庭关系。但是,一方面,婚外恋的存在,法律并未对此予以明确反对,仅以“夫妻忠实”予以倡导;另一方面,法律也没有肯定此类行为的合法性,因为此类行为不仅违背善良风俗,也是对法律所倡导的夫妻忠实义务的违反。可知,夫妻之间的“性忠实”不同于宪法层面的人身自由(宪法上的人身自由是具有普遍性的,不能以私法形式进行限制),其完全可以赋予夫妻双方一定的自由空间,对法律无法直接介入的非道德性的“自由空间”以协议形式进行间接性影响,这符合法律的道德要求,应当得到法律的鼓励。当然,如果夫妻忠诚协议的内容对离婚自由等作出限制,其就应受到法律的否定。

第二,夫妻忠诚协议,某种程度上是婚姻法所允许的夫妻约定财产制的延伸。在合同中约定违约应得到赔偿的“忠诚协议”,实质是《婚姻法》第4条所规定的抽象夫妻忠实义务的具体化。这一理由的法律逻辑是:夫妻约定财产制是夫妻双方作为独立个体的基本权利,^[15]既然《婚姻法》明确规定对有配偶者与他人非法同居、重婚等违反夫妻忠实义务的行为适用财产

[11] 田平安、骆东平:《论性骚扰案件的举证责任分配》,载《广东社会科学》2006年第6期。

[12] 李光辉、李勇:《从忠实义务谈道德规范向法律规范的有效转化》,载《道德与文明》2004年第5期。

[13] 朱凡:《夫妻“忠诚协议”效力研究》,载陈苇主编:《家事法研究》2005年卷,群众出版社2006年版,第77页。

[14] 龙卫平:《也谈夫妻忠诚协议——与上海高院商榷》,2006年3月17日, http://blog.sina.com.cn/s/blog_4d38aeb50100fuc8.html。

[15] 这是夫妻财产权的平等保护原则,参见彭艳崇:《论夫妻财产权的平等保护——对婚姻法司法解释的社会性别分析》,载《妇女研究论丛》2013年第3期。

责任,那么对于抽象的夫妻忠实义务的契约具体化也应认定为有效。当然,夫妻忠诚协议所约定的违约赔偿,其意思自治是受到爱情或者婚姻的影响的,其意思自治并非单纯的“陌生人关系”,而是最熟悉、最亲密的关系,很多时候所约定的违约数额是不具有可行性的,而仅具有“宣誓意义”或者“象征意义”。因此,对夫妻忠诚协议的违约责任应进行伦理性解读,以正确处理此类纠纷。

第三,夫妻忠诚协议,是道德义务的契约化,也是对婚姻的现实解读。这一协议的核心是“忠诚”,而忠诚本身是一道德性义务。《婚姻法》第4条所规定的夫妻忠实义务属于“不确定的法律条款”,^[16]仅具有法律上的宣誓意义。而夫妻忠诚协议就将这种道德义务具体化为契约义务,违反约定就要付出相应的成本,这在某种程度上是对婚姻的现实解读。只是在通常情况下,夫妻双方所承担的“性忠实”义务仅仅是道德层面的。而道德义务对于个体来说往往是隐藏在内心的,其成本是隐性的、且很难量化。一旦以协议的形式将道德成本予以量化、显化,以合同规则予以治理,势必促使夫妻双方更为注重自身的忠实义务。^[17]从这个意义上来说,夫妻忠诚协议是夫妻双方为了保证婚姻稳定和家庭美满的自我约束行为。当然,由于“忠诚”的具体内容具有不确定性,故这一协议并非完全的契约,即其徘徊于道德义务与法律义务之间。

通过以上分析可知,夫妻忠诚协议既不是单纯的财产性协议,也不是单纯的人身性协议,其兼有之,即具有双重性。首先,夫妻忠诚协议符合财产性协议的外观和内容要求。即,协议以夫妻的忠实义务为核心,外化为具体的道德条款和财产责任条款。当“忠实义务”遭到侵害时,违约方要承担相应的违约责任。从这个方面来说,夫妻忠诚协议是一种附条件合同,也是一种夫妻财产关系的约定行为。其次,夫妻忠诚协议是一种具有身份权性质的协议。这是因为,夫妻忠诚协议必须以夫妻关系的存在为前提,并且协议的目的也是为了维护这一身份关系的稳定性和长久性。不具有配偶身份的人所签订的夫妻忠诚协议是无效的或者是具有可期待的,可期待性是指婚前所签订的夫妻忠诚协议只能在婚姻期间行使。

三、夫妻忠诚协议效力认定的两种观点及评述

任何法学研究都应当建立在现行研究的基础上,如此才能在共同的对话平台上实现超越。当前法学界对夫妻忠诚协议效力的研究主要有两种观点,分别是有效说和无效说。^[18]当然在学术上还存在附延缓条件说、^[19]非强制执行说,笔者认为这两种学说都属于有效说的范畴,故下文仅分析有效说和无效说。

第一种观点是“有效说”。这一观点的核心论据是,夫妻忠诚协议是民事主体意思自治的产物,只要不违背法律、行政法规的强制性规定,就应认定为有效。具体包括:夫妻忠诚协议是约定财产制的具体实现形式,为婚姻法所允许;^[20]夫妻忠诚协议是意思自治的结果,理应

[16] 杨晋玲:《夫妻“忠实协议”——一个不应成为问题的法律话题——兼论最高人民法院〈关于适用中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释(三)(征求意见稿)第4条的设置》,载《云南大学学报》(法学版)2010年第6期。

[17] 黄蓓、程泽时:《论夫妻忠诚协议》,载《求实》2009年第2期。

[18] 同前引[17]。

[19] 隋彭生:《夫妻忠诚协议分析——以法律关系为中心》,载《法学杂志》2011年第2期。

[20] 李健:《夫妻忠诚协议法律效力的认定》,载《人民法院报》2012年1月19日。

得到法律的尊重。^{〔21〕}

第二种观点是“无效说”。这一观点的核心论据是,人身权具有法定性,且“夫妻忠诚协议具有身份性”,^{〔22〕}不能自由设定;^{〔23〕}侵权损害不能通过合同契约预定,否则会破坏现行的民法体系;^{〔24〕}夫妻忠诚义务只是道德义务的法律宣誓,不具有实质的可救济性。夫妻忠诚义务就其实质来说仅仅是一种道德规范,其应由内在的伦理道德进行自我约束,即“法律要给人们留下一个私生活空间”。

以上两种观点就其核心论据来说,都似乎具有外在的真理性。但观点完全相反则会导致法官无所适从,法官只能依赖内心自由,考虑具体案情,对类似纠纷作出判决。本文认为,以上理论观点的争鸣只是依赖于不同法概念在法体系内进行理论的组合,并未切实关注社会现象,是为最大的遗憾。而且,即使从规范法学的角度进行分析,以上理由也存在各自的缺陷。

首先,从规范分析的角度对以上观点进行评述。有效说的核心是意思自治,这也是私法的核心理念,财产法是对这一理念的完美贯彻。在亲属法领域,《婚姻法》规定夫妻可以实行约定财产制,这是意思自治的体现。但这一原则能直接类推适用人身关系吗?夫妻忠诚协议确实以合同文本形式予以呈现,但这一文本所涉及的主体是特定的,是特定的夫妻双方,是一种身份性的协议。在签订此类协议时,双方很可能并不是完全自愿的,其显然不能直接适用意思自治原则。如果进一步论证,我们会发现夫妻忠实义务道德责任的法律化,而道德领域并不适用对等性的交易行为,而是伦理性的关爱行为。

无效说的理由较为多样。以“人身权的法定性,不能自由设定”为例。一方面,夫妻忠诚协议是夫妻双方以合同文本形式对夫妻忠实义务的具体化,并不涉及自然人的人格权,所以以人格权的法定性来论证夫妻忠诚协议的无效性是不成立的。另一方面,以身份权的法定性来论证该协议的无效性也是不成立的。这是因为“身份权”中虽然有一个“权”字,但该“权”并不是“权利”的简化,而是“权能”之义,甚至在亲权关系中可以说是一种义务。当然,配偶权基于婚姻成立的自愿性,以及夫妻主体的独立性等特定,这一身份权是存在“权利”的空间的。但此种“权利”是双向的,一方的权利往往是另一方的义务。男女双方是否享有配偶权,是以婚姻关系的存在为前提的,是男女双方意志自由的体现。一旦成为夫妻,就应根据婚姻法的规定享有配偶权,以及相互履行法律义务。其中,夫妻的“忠实义务”就具有相互性,是以配偶权为基础的,但这并不能证明夫妻忠诚协议是无效的。因为配偶权作为一种身份权是法定的,但如何行使则是另一个问题。《婚姻法》既然规定对于有配偶者与他人同居的行为予以惩罚,那么夫妻双方以协议形式对“忠实义务”进行约定并不是一种对身份权法定性的违反,而是以此种身份权(配偶权)为基础的。此外,《婚姻法》还规定夫妻双方可以实行约定财产制,这都是配偶权的行使方式,都没有侵害到这一身份权的根基。其他理由也过于绝对化,并未对现实问题进行充分的回应,也未关注司法裁判的说理。

其次,从社会效果的角度进行评述。《公民道德实施纲要》就倡导夫妻之间要和睦,这是和谐社会的题中之义。事实上,夫妻忠诚协议的制定与履行,并不是一个单纯的法律问题,还涉及到亲情、爱情。这一协议不仅是一种对夫妻财产的约定处置行为,也是一种表达和加深爱

〔21〕 关于夫妻忠诚协议有效说还可参见孙书灵、高魁:《夫妻忠诚协议的效力》,载《人民司法》2009年第22期。

〔22〕 何晓航、何志:《夫妻忠诚协议的法律思考》,载《法律适用》2012年第3期。

〔23〕 王利明:《民法总则研究》,中国人民大学出版社2003年版,第111页。

〔24〕 朱凡:《夫妻“忠诚协议”效力研究》,载陈苇主编:《家事法研究》2005年卷,群众出版社2006年版,第83页。

情的情谊行为。当然，对于签订夫妻忠诚协议的动机和内心意愿，裁判者往往很难进行判定，但只要文本所呈现的内容是有利于夫妻双方的共同利益，有利于社会秩序的稳定的；并考虑到一方的实际履行能力的，裁判者应持支持与鼓励的态度。所以说，对夫妻忠诚协议的法律评价不能一概否定或肯定，而应基于具体的类型作出合理合法的判断。

最后，就世界范围来说，基于道德自由化及忠实义务松弛的发展趋势和共同生活新形态的出现，有些学者认为忠实义务应由当事人自主决定，即忠实义务的契约化，无论是否有婚姻。以法国为例，1804年的《法国民法典》就规定了夫妻忠实义务，违反这一义务的婚外性行为是要受到刑事处罚的；直到1975年，才规定婚外性行为仅为离婚的过错因素之一；继而，理论与实务界认为，忠实义务还应包括配偶精神上和道德上的忠实。然而，在1999年随着法国对以民事契约方式组成的生活共同体以及事实同居的法律认可，忠实义务超越了婚姻关系。最终在2013年4月23日，法国国民会议通过同性婚姻法案。如今，全球有20多个国家先后认可同性婚姻或者民事结合的合法化。同性婚姻或者民事结合的承认，是对传统夫妻关系的调整，其势必影响到夫妻忠诚协议的效力认定。^{〔25〕}笔者认为，同性婚姻或民事结合对夫妻忠诚协议的影响最重要的是导致“性忠实”向“感情忠实”的转变，两者都属于忠实义务的范畴。在我国法域中，如果发生同性伴侣之间因忠诚协议而发生的纠纷，可扩张适用《婚姻法》第4条的规定，是一正确的解释论路径（基于这一认识，本文第四部分的分析仍然以夫妻关系为前提）。当然，最终此类问题的解决有待于立法部门出台关于同性婚姻或民事结合方面的法律规范。

四、夫妻忠诚协议效力认定的类型化分析

通过上文正反两方面观点的评述，我们发现无论是无效说还是有效说，其着眼点都在于夫妻忠实义务的人身性和夫妻约定财产责任的自由性方面，并未对其进行深度剖析。基于夫妻忠诚协议的双重性特点，笔者认为对夫妻忠诚协议的效力认定作类型化分析是一正确的路径。

（一）单纯的夫妻忠诚协议

单纯的夫妻忠诚协议，是指夫妻双方以协议的形式对各自的权利义务进行约定，但不约定财产性补偿或者赔偿条款，如果一方违反约定，另一方最多只能要求赔礼道歉等。此类忠诚协议在当前的婚姻关系中并不多见，但并不能完全排除其存在的价值和意义，其将道德义务书面化为具体的文本，具有某种程度上的警示意义。

事实上，如果我们放宽我们的视野，那么，我们会发现，此类夫妻忠诚协议的使用是最为广泛的。为什么这么说？这是因为在夫妻双方领取结婚证或者举行结婚仪式的时候，很多情况下夫妻双方会当着亲朋好友的面进行类似如下的宣誓：

“新郎：我，XXX，娶你，XXX，做我的妻子。我愿对你承诺，从今天开始，无论是顺境或是逆境，富有或贫穷，健康或疾病，我将永远爱你、珍惜你直到地老天长。我承诺我将对你永远忠实。”

新娘：我，XXX，嫁给你，XXX，做我的丈夫。我愿对你承诺，从今天开始，无论是顺境或是逆境，富有或贫穷，健康或疾病，我将永远爱你、珍惜你直到地老天长。我承诺我将对你永远忠实。”

〔25〕 谢晓：《忠实义务在法官的发展趋势：契约化？》，载《宁夏社会科学》2005年第5期。

对于此类协议,因为其内容不具有违约责任条款性质,其更多的是一种道德义务,将其纳入法律的评价体系,其效力就如《婚姻法》第4条所规定的忠实义务一样,具有倡导意义。也就是说,此类夫妻忠诚协议是“有效”的,属于法律正面评价的范畴。说其“有效”,其又不同于其他契约行为,违反约定会承担财产性责任;违反此类协议的约定,可以要求对方保证没有下一次(事实上,这种保证也是不具有法律上的强制力的),或者要求其付出一定的家庭义务(如打扫房间一个月等,这种劳务付出尽管可以以具体的货币计量,但其不同于所约定的财产性责任)等。

(二) 人身型夫妻忠诚协议

人身型夫妻忠诚协议,是指夫妻双方以协议的形式约定一方违反诸如离婚条款的,就应支付对方违约金或者赔偿金的协议。此种协议以对个体人身权利的限制为违约条件,其已经超越了意思自治的边界,是对公民宪法权利的侵害,应受到法律的否定。

具体来说,此类忠诚协议主要体现为对婚姻自由的干涉。婚姻自由作为婚姻法的基本原则,是婚姻当事人意思自治的最主要体现,即婚姻双方按照自己内心的意愿,依法缔结婚姻或者解除婚姻关系。婚姻自由意味着排除他人的不当或者非法干涉。尽管婚姻的选择或者解除是自由的,但由于婚姻不是单纯的契约,而是需要履行法定程序的行为。婚姻关系是公法和私法共同作用的领域,导致了“婚姻自由”会受到法定条件和程序的制约。如果干涉是来自私人层面的,那么此种干涉就应认定为非法,受侵害主体可以要求损害赔偿。这其实就已经暗含着如果在夫妻忠诚协议中约定诸如“一旦结婚就必须相互忠实,白头到老。一旦一方要求离婚,必须赔偿对方精神损失费100万元。”之类的条款,显然是无效的,是对一方婚姻自由权的干涉。此外,此类协议中还可能出现诸如若违反约定,则必须离婚,且净身出户,永远不得再见孩子等条款。显然,这样的内容限制了一方的离婚自由,剥夺了父母与子女之间的亲权,违反了法律的禁止性规定,应属无效。^[26]

(三) 财产型夫妻忠诚协议

财产型夫妻忠诚协议,是相对于人身型夫妻忠诚协议而言的,男女双方在婚前或婚后,其往往会在合同中列举违反夫妻忠实义务的具体情形。这是最为常见的夫妻忠诚协议,也是司法实践中争议较大的类型。具体而言,其又可分为“明为约定、实为法定的财产型夫妻忠诚协议”以及对夫妻共同财产约定处理的夫妻忠诚协议。

就“明为约定、实为法定的财产型夫妻忠诚协议”而言,其主要涉及《婚姻法》第46条之规定,其实质是精神损害赔偿。婚姻关系不同于其他身份关系,就夫妻双方来说都享有配偶权;就社会关系来说,夫妻关系往往是亲属关系、亲子关系的基础。基于夫妻关系的重要性,法律对破坏这一关系的行为予以惩罚;又基于夫妻关系的特殊性,惩罚的对象往往是夫妻一方。这就要求法律要平衡社会公共利益、夫妻共同利益以及夫妻一方“私人利益”之间的关系。对于夫妻相互忠实行为也是如此。婚姻一方的不忠诚行为是对另一方权利的侵害,属于侵权行为,侵害的客体是配偶权。此类侵权行为,在《婚姻法》第46条予以明确规定,只要有证据证明符合这类侵权行为的构成要件,那么受侵害方就可以要求过错方损害赔偿,也可以放弃之。《婚姻法》第46条已对严重违背夫妻忠诚义务对方有权请求损害赔偿的情形作了严格而具体的列举,即:重婚;有配偶者与他人同居。除此之外的不忠实行为则属于道德的调整范

[26] 范书伟:《夫妻忠诚协议的效力判断》,2010年12月6日,<http://hnfy.chinacourt.org/public/detail.php?id=108440>。

畴,尚未纳入法律的强制调整范围之内。因此,夫妻忠诚协议约定或承诺的各种违反忠实义务的“损失费”、“赔偿款”等,只要符合《婚姻法》第46条规定的,法院就应予支持。对于不符合《婚姻法》第46条的规定,但确实是对《婚姻法》第4条之“夫妻忠实义务”的违反,则也可以扩张《婚姻法》第46条的解释空间,或者对《婚姻法》第4条通过解释作为具体规则进行适用。

就对夫妻共同财产约定处理的夫妻忠诚协议而言,其主要涉及《婚姻法》第19条之规定,即对夫妻共同财产的处分。根据《婚姻法》第19条的规定,夫妻双方在婚前或婚姻期间,可以书面形式对婚前财产和婚姻期间的财产进行约定。此种约定对双方都具有约束力。这是对夫妻关系的尊重,是意思自治原则的体现。当夫妻双方以“忠诚协议”的形式对夫妻财产进行约定时,应具体分析:(1)当夫妻忠诚协议的文本是名为“忠诚协议”,实为夫妻财产约定处分协议时,就应直接按照《婚姻法》第19条的规定,承认协议的有效性;(2)当夫妻财产约定处分协议中,存在“忠诚协议”的条款时,则应刺破这一协议的“面纱”,适用忠诚协议的效力认定规则。

综上,对于“明为约定、实为法定的财产型夫妻忠诚协议”,因有法律的明确规定,其效力判定一般不存在疑问;而对于夫妻共同财产约定处理的夫妻忠诚协议,一般应认定为有效。但是由于婚姻财产的处置毕竟不同于其他财产的处置,其是以夫妻关系的存续为基础。因此,对于以忠诚协议的形式对共同财产进行处置,需要对共同财产的数额、夫妻各自的收入等因素进行考虑。如果夫妻忠诚协议约定的违约金为100万元,但其共同财产只有20万或1000万是不同的,前者只能在20万内进行裁量,后者可完全支付。此外,对于夫妻双方的个人财产相差悬殊的情形(这主要体现为男方个人财产明显高于女方)此时所签订的夫妻忠诚协议只要不违反法律、行政法规的强制性规定,就应认定为有效。所以,根据违约方的实际支付能力对补偿过高的忠诚协议予以适当调整,才符合法律公平与正义。

(四) 混合型夫妻忠诚协议

混合型夫妻忠诚协议,简言之,此类“忠诚协议”不仅涉及人身权利,也涉及到财产权利。此类协议的判定,通过合同文本的题目并不能体现,而是暗含在合同文本的具体条款之中。

这一类型的夫妻忠诚协议对于司法实践而言,是极为棘手的,因为其很难直接肯定或者否定其效力。事实上,只要我们换个思路,问题就可引刃而解。即,将混合型夫妻忠诚协议进行切分处理,对其涉及人身权利的约定,直接否定其效力;而对于财产处置约定的条款将其纳入财产型夫妻忠诚协议,适用这一类型的处理规则进行判定。

当然,夫妻忠诚协议对于婚姻和家庭的影响毕竟是双重的。一方面,如果此类协议是双方自愿、真实意思的表示,那么对于双方来说都不会存在心理压力;另一方面,如果在此类协议签订过程中,一方因为其他因素的干扰而作出不真实意愿的表达,而此种意愿表示却无法用证据予以证明时,法官只能根据双方的陈述,并考虑违约方的支付能力予以自由裁量。如果此类协议的签订是一方为了借此约定很高的赔偿款,达到限制对方婚姻自由权甚至抱有其他不纯动机,那么在具体判定时,可以视情节的轻重否定其效力或者调整违约金的数额。